



Katowice, dnia 6 lutego 2015 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Urzędzie Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie
ul. Żelazna 61
00-848 Warszawa
nr tel.: 48 22 459 42 85
nr faks: 48 22 459 42 24
e-mail: zamowienia@ztm.waw.pl**

**Odwołujący: Pracodawcy Transportu Publicznego
Aleje Jerozolimskie 144
02-305 Warszawa
nr tel.: 22 817 63 87
nr faks: 22 817 63 91
e-mail: sekretariat@pracodawcytp.pl
reprezentowany przez
radcę prawnego Agnieszkę Dylong (Kt-3013)
adres do doręczeń:
Kancelaria Radców Prawnych
Klatka i partnerzy
ul. Dąbrowskiego 22/105
40-032 Katowice
nr tel.: 32 201 44 56
nr faks: 32 201 44 58
e-mail: a.dylong@radca.prawny.com.pl**

Nazwa przedmiotu zamówienia publicznego: Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9 metrowych

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2015/S 021-034233 z dnia 30 stycznia 2015 r.

ODWOŁANIE

wobec ogłoszenia o zamówieniu na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego

I.W imieniu Odwołującego, Pracodawcy Transportu Publicznego (zwanego dalej 'Odwołującym'), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 179 ust. 2 oraz



art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), dalej 'Pzp', składam odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9 metrowych polegającej na ogłoszeniu o zamówieniu pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.).

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1) art. 40 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.), dalej 'PTZ' i art. 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. UE L z 2007 r., str. 315, poz. 1), dalej 'rozporządzenie 1370/2007' poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu i wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania na usługi publicznego transportu zbiorowego.

III. W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wnoszę o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) zasądzenie kosztów postępowania, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

IV. Odwołujący jest organizacją wpisaną na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp, a jedynym warunkiem wniesienia środka ochrony prawnej jest naruszenie przez zamawiającego ustawy



(tak P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2014, str. 1108). Organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 nie jest zobowiązana wykazywać spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, odnoszących się do interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesionej szkody (tak J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 2015, Legalis).

Organizacja Pracodawcy Transportu Publicznego została wpisana na listę na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2013 r., nr LO/8/2013, przy czym ówczasie nazwa organizacji brzmiała „Ogólnopolski Związek pracodawców Transportu Samochodowego”. Nazwa ta została zmieniona na podstawie uchwały nr 11/2013 z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie zmiany nazwy Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Transportu Samochodowego. Zmiana ta została uwzględniona w Krajowym Rejestrze Sadowym na mocy postanowienia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 31 grudnia 2013 r., sygn. sprawy WA.XII NS-REJ.KRS/066322/13/225.

Dowód: *odpis z KRS Pracodawcy Transportu Publicznego*

Dowód: *Statut Pracodawcy Transportu Publicznego (tekst jednolity)*

Dowód: *uchwała nr 11/2013 z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie zmiany nazwy Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Transportu Samochodowego*

Dowód: *postanowienie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 31 grudnia 2013 r., sygn. sprawy WA.XII NS-REJ.KRS/066322/13/225*

Dowód: *decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2013 r., nr LO/8/2013*

V. Termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp został zachowany, gdyż ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2015 r.

Uzasadnienie

1. Zamawiający, organizator publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 PTZ w zw. z § 2 ust. 5 Statutu Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie, w dniu 30 stycznia 2015 r. ogłosił o zamówieniu na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach



autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9 metrowych.

Dowód: *Statut Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie*

2. Zgodnie z art. 23 ust. 1 PTZ, „organizator publikuje ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2, lub bezpośredniego zawarcia umowy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3, w terminie nie krótszym niż:

1) jeden rok;

2) sześć miesięcy - w przypadku gdy umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma dotyczyć świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 50 000 kilometrów rocznie.”

Dalej art. 23 ust. 2 i 3 PTZ stanowi, że „organizator zamieszcza ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, w Biuletynie Informacji Publicznej. Niezwłocznie po zamieszczeniu ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1, organizator zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej.” Z art. 23 ust. 1 PTZ wynika, że obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia ma zastosowanie m.in. wtedy, gdy zamówienia ma zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego (art. 19 ust. 1 pkt 1 PTZ).

Należy zarazem wskazać, że art. 23 PTZ stanowi implementację art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, który stanowi, iż „każdy właściwy organ podejmuje niezbędne środki, aby najpóźniej rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej lub rok przed bezpośrednim przyznaniem zamówienia zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przynajmniej następujące informacje:

- a) nazwa i adres właściwego organu;
- b) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
- c) usługi i obszary potencjalnie objęte zamówieniem.

Właściwe organy mogą zdecydować, że informacje te nie będą publikowane, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych dotyczy świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 50.000 kilometrów rocznie.”

3. Z uwagi na treść art. 23 ust. 1-4 PTZ, a także art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenie o zamiarze



przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej na rok przed jego wszczęciem. Ogłoszenie takie nie zostało zamieszczone ani w Biuletynie Informacji Publicznej, a nie też w siedzibie Zamawiającego, ani też na stronie internetowej Zamawiającego. W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej także brak jest ogłoszeń powiązanych z ogłoszeniem 2015/S 021-034233, jak np. ogłoszenia wstępnego, o którym mowa w art. 13 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu i wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 40 ust. 1 i 3 Pzp pomimo zaniechania dokonania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania w ocenie Odwoływającego stanowi **istotną wadę postępowania**, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, która powinna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp

4. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, *„zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., KIO 741/13 wskazała, że *„przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu:*

- 1) *musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania)*
- 2) *wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*
- 3) *wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.*

Podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p. stanowi nie tylko art. 146 ust. 1 (kwalifikowane wady postępowania), ale przy ocenie podstaw do nieważnienia postępowania należy mieć również na uwadze treść art. 146 ust. 6 P.z.p.”

Jak wykazano wyżej, postępowanie jest obarczone wadą. W zakresie pozostałych przesłanek zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazuję co następuje:

5. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, *„umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.”* W przepisie tym mowa jest co prawda o zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych



albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak w przypadku gdy zgodnie z art. 23 ust. 2 PTZ zamawiający ma **obowiązek** zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przepis ten należy stosować w drodze analogii.

6. Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, należy podkreślić, że w orzecznictwie wskazuje się, że *„zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. uprawnieni są do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 p.z.p., ale mogą i powinni brać również pod uwagę podleganie unieważnieniu umowy z mocy przepisu art. 146 ust. 6 p.z.p.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1733/10). Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp, *„Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”*

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie był uprawniony wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi publicznego transportu zbiorowego bez wcześniejszego ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało więc dokonane niezgodnie z art. 40 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 PTZ. Naruszenie tych przepisów ma istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne, tj. umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 24 PTZ. Zgodnie bowiem z art. 58 § 1 k.c., *„czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.”* W literaturze wskazuje się, że *„sprzeczność z ustawą oznacza sprzeczność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawnymi zarówno Kodeksu cywilnego, jak i ustaw szczególnych.”* (K. Piasecki, Komentarz do art. 58 Kodeksu cywilnego, LEX 2003). oraz że zakazy mogą wiązać się z brakiem uprawnienia do dokonywania danych czynności w określonych okolicznościach. (P. Księżak, Komentarz do art. 58 Kodeksu cywilnego, LEX 2009). Co prawda art. 58 § 1 k.c. przewiduje bezwzględną nieważność czynności prawnej w przeciwieństwie do art. 146 Pzp, przy czym przyjmuje się, że



przewidziana ab initio nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i ust. 6 p.z.p. możliwości unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jego orzeczenia. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się jedynie na nieważność względną (wzruszalność), tym bardziej dopuszczalną wydaje się możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się na nieważność bezwzględną (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2013 r., KIO 755/13).

Warto także wskazać na treść motywu nr 29 do rozporządzenia 1370/2007, który uzasadnia regulację art. 7 ust. 2 rozporządzenia, przeniesioną do art. 23 PTZ: „*przed udzieleniem zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, z wyjątkiem środków nadzwyczajnych i umów związanych ze świadczeniem usług na niewielką odległość, właściwe organy powinny przedsięwziąć niezbędne kroki, by ogłosić swój zamiar udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia takich umów przynajmniej z rocznym wyprzedzeniem, **tak aby potencjalne podmioty świadczące usługi publiczne mogły podjąć odpowiednie działania.***” Pominięcie procedury ogłaszania o zamiarze udzielenia zamówienia pozbawia podmioty zainteresowane świadczeniem usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego możliwości odpowiedniego przygotowania się do złożenia oferty, tym samym naruszając reguły uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Złożenie oferty w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga bowiem szczególnego przygotowania wykonawcy w zakresie potencjału technicznego oraz osobowego.

Co więcej, wada postępowania, tj. ogłoszenie o zamówieniu na usługi publicznego transportu zbiorowego pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania, ma charakter nieusuwalny – brak jest możliwości konwalidacji tej wady, gdyż nie jest możliwe dokonanie wstecznego ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania i zawarcie ważnej umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 24 PTZ.

Wymaga podkreślenia, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2014 r., KIO 1402/14 stwierdziła m.in., iż „*naruszenie przywołanych przepisów o publicznym transporcie zbiorowym będą skutkowały nieważnością umowy, która może zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania. Skutek nieważności przyszłej umowy odwołujący wywiódł z treści art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, ze względu na sprzeczność takiej umowy z ustawą, tj. z art. 4 ust. 1 pkt 24, art. 15 ust. 1 pkt 9, art. 25 ust. 1 i*



art. 46 ust. 2 p.t.z. W ocenie Izby, tak opisane okoliczności faktyczne wskazują na możliwość naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek unieważnić takie postępowanie, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Wobec powyższego, niewątpliwie wszczęcie postępowania i ogłoszenie o zamówieniu pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi transportu publicznego w trybie art. 23 ust. 1 pkt 1 PTZ skutkowało naruszeniem art. 40 ust. 1 i 3 Pzp, a w konsekwencji postępowanie jest dotknięte niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołanie jako całkowicie uzasadnione, zasługuje na uwzględnienie.

Za Odwołującego – pełnomocnik

RADCA PRAWNY

Agnieszka Dylong
Kt-3013

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. odpis z KRS Pracodawcy Transportu Publicznego
5. Statut Pracodawcy Transportu Publicznego (tekst jednolity)
6. uchwała nr 11/2013 w sprawie zmiany nazwy Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Transportu Samochodowego
7. postanowienie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 31 grudnia 2013 r., sygn. sprawy WA.XII NS-REJ.KRS/066322/13/225
8. decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2013 r., nr LO/8/2013
9. Statut Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie
10. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.